

◇ 紹 介 ◇

A・エーザー＝W・ペロン編

『ヨーロッパにおける刑事責任および
刑事制裁の構造比較——比較刑法理論への寄与』（5）

A. Eser / W. Perron (Hrsg.), Strukturvergleich strafrechtlicher
Verantwortlichkeit und Sanktionierung in Europa - Zugleich ein
Beitrag zur Theorie der Strafrechtsvergleichung, 2015, Duncker &
Humblot

刑 法 読 書 会
松 宮 孝 明* (共編)
安 達 光 治**

目 次

紹介を始めるにあたって

第1部 序

アルビン・エーザー 「第1章 本プロジェクトの発生史・作業現場報告」
ヴァルター・ペロン 「第2章 調査の目標と方法」 (以上, 368号)

第2部 国別報告(省略)

第3部 ヴァルター・ペロン 「調査結果の比較法的分析」

第11章 導 入

第12章 事例類型の構成要件上の格付け

第13章 不処罰事由 (以上, 372号)

第14章 刑の確定

第15章 刑事手続の影響 (以上, 373号)

第16章 刑の執行の具体的詳細

第17章 基本的な共通点と国を超えた構造

第18章 ヨーロッパ刑法の展望 (以上, 374号)

第4部 アルビン・エーザー 「比較刑法：展開・目標・方法」

* まつみや・たかあき 立命館大学大学院法務研究科教授

** あだち・こうじ 立命館大学法学部教授

- I. 立場の規定
- II. 比較刑法の目的と役割
 - A. 理論的比較刑法
 - B. 司法的比較刑法 (以上, 本号)
 - C. 立法的比較刑法
 - D. 評価的・競争的比較刑法
- III. 比較刑法の方法
- IV. 展 望

第4部 アルビン・エーザー「比較刑法：展開・目的・方法」

Teil 4 Albin Eser, Srtafrechtsvergleichung: Entwicklung-Ziele-Methoden, S. 929-1112.

I. 立場の規定

A. 案内——目的設定

さしあたり、単に幾つかの最終的な省察が目指された後で、すぐに想起されるのは、いかなる一般的な認識がこのプロジェクトから導き出されうるのか、そして、この認識がどのようにして比較刑法に関する一般的なイメージに位置づけられうるのかという問いである。しかし、これに対する回答は、決定的には、どこに比較法の目的を見るのか、いかなる方法によって最も効果的にその目的を達成しうるのかということに左右される。そのことに答えるのは、ここでも、難しいものとなる。なぜなら、比較刑法の目的と方法に関しては一致を見ていないからである。このことによって、すでに様々な概念理解がなされ、そして、比較刑法に与えられるとされる実践的意義が様々に推測されているのである。

しかしいずれにせよ、比較刑法が有意義な形で目的に設定すべきこと(Ⅱ.)と、いかなる方法で(Ⅲ.)この目的を最も効果的に達成しうるのかということとは、これを手に入れるための努力がなされ、できれば獲得されなければならない。

この一次的な目的志向性と方法志向性に基づいて、ここで重要となるのは、特定の刑法上の規則、理論、あるいはその他の本質問題を内容的に相互的に比較することでも、ここで特定の「刑法族 (Strafrechtsfamilien)」が示されることでもない。むしろ、特にここで重要なのは、しばしば見過ごされている目的の多様性——とそ

れに応じた様々な方法——を示すことであり、それを達成するために比較刑法が有意義な形で行なわれうることである。

比較刑法の目的と方法を明確にし完全に把握することは、あらかじめ比較刑法の概念と対象に関する様々な解釈と、これまでの展開を概観し、確かな説明をすることなしには不可能となる。なぜなら、同じ単語を用いて常に同じ事柄は意味されないこと、あるいは逆に、様々な用語の背後には同じ問題が潜みうるということを知ったときに初めて、多種多様な機能の名称や手段の名称から、違いや共通性を見つけ出し、それによって、有意義で決定的な目的設定と方法記述のための基盤を準備するという希望が立つからである。

B. 比較(刑)法の歴史と意義

1. 発展の段階

比較刑法の下で理解されることは、決定的には、それによっていかなる目的が追求されるのかということに左右される。だから、時間が経過することで、その都度の目的は常に繰り返し変化していた。それどころか、比較法という概念——そして時間的にはこれに続く比較刑法という概念——が、そもそも生じていなかったよりも前に、様々な目的設定、範囲(Reichweite)および方法によって、実際には比較法とみなされうるものが取り組まれていた。

すなわち、比較法という概念について、複数のものを相互的に比較すること、そして法的なものを比較するという対象にすることで足りるとするならば、その場合には、いずれにせよ、すでにギリシャの古典の中に見出すことができる。しかし、比較されるべき法の種類、すなわち比較することの目的と、その際に適用されるべき方法を問う場合には、すぐに重大な相違が明らかになる。例えば、すでにギリシャの都市国家においては、新たな法を作り上げる場合に隣国を参照することは通常のことであった。このことは著名な哲学者たちをも、理想国家の構築のために(例えば、プラトン[Platon]の“nomoi”あるいはアリストテレス[Aristoteles]の“politeia”のように)、比較法的な研究を行なうことに向かわせた。これに対して古代ローマ人にとっては、十二表法においてギリシャの法制度を模造したかもしれない点を除けば、自らの法秩序や国家秩序は、キケロ(Cicero)によって「支離滅裂でほとんど笑うべきだ」と評された外国法への比較を意識した視線を必要としないうものと考えられていた。一層驚くべきなのは、ローマ法への回顧において、ローマ法が万民法(ius gentium)の発展を経て、自らで、更なる法の発展の本質的な基礎となり、それによって比較法の本質的な基礎にもなりえたということである。

上述のことから感じられるように、比較法の目的の方向と強さの程度は、決定的には、その背後にある認識関心に左右される。大まかに見れば、これについては、次の3つのことが決定的でありうる。つまり、一つには、他国の法への一般的な好奇心と、これに関して法を固有の文化の形成として知ることであり、もう一つには、自国の法に対する警告もしくは手本としてであれ、あるいは考察すること、もしくは完全に似せることを目的とするのであれ、他国の法を知ることに対する実践的な必要性であり、そして三つ目には、他国の法の理論的な分析である。

一つ目に挙げた比較法の方法は、おそらく、もっとも「博物館的な」として特徴づけられうる。これは軽蔑的な表現なのではなく、むしろ、他国の法の特に興味深い姿が、いわば「化石」のように並べて置かれ、自国の法との相違や一致において比較されているという意味である。このカテゴリーには、例えば、フランシス・ベーコン (Francis Bacon) とその著書である『学問の進歩と尊厳について (De dignitate et augmentis scientiarum)』や、ゴットフリート・ヴィルヘルム・ライプニッツ (Gottfried Wilhelm Leibniz) とその著書の『法学の理論 (Theatrum legale)』が属すると言ってよい。すなわち、両者にとっては自国の法の価値をより良く認識することが重要であり、しかしまた、両者は、普遍的歴史的な野心を持って、あらゆる民族、国および時代の法を、比較して記述することにも取り組んでいたのである。

すでに挙げた精神的偉人であるプラトンとアリストテレスにおいても見誤ってはならないように、立法者の目的設定は、すでにこれに共鳴していた。例えば、同じ動機はグロティウス (Grotius) やプーフENDORF (Pufendorf) の後に、モンテスキュー (Montesquieu) をも導いたのであり、その時に、彼は、その『法の精神』(1748年)において、様々な民族の立法を相互的に比較し、その際に確認された相違は、土地、気候、慣習、教育や宗教のような自然的条件や歴史的条件に由来するとしたのである。

極めて明白な実践的な利益が、ロード・マンズフィールド (Lord Mansfield) に、大陸的な基礎に基づいて発展した「商取引法」をイギリスのコモンローへ導入させたのであろう。同様の実践的な理由から、ナポレオン民法典がドイツで通用している状況下で、かの新法典への取り組みが迫られたのである。

しかしその場合には、散発的な——それだけに賞賛に値するのではあるが——パイオニア的業績、あるいは外国の手本のうわべだけの模倣が重要なのであった。それゆえ、19世紀の終わり頃までは、体系的な方法あるいは特別な法学上の分野としての比較法は話題になりえなかったのである。「比較法学 (die vergleichende

Jurisprudenz)」が無いことを嘆いた最初の者の一人は、パウル・ヨハン・アンセルム・フォン・フォイエルバッハ (Paul Johann Anselm von Feuerbach) である。彼にとっては、「あらゆる時代や諸国の最も馴染みのない国家 (Nation) の法律や法慣習を比較するように、最も類似した国家の法律や法慣習を比較すること」から生じる「……普遍法学 (Universal-Jurisprudenz) が初めて個別に挙げられた全ての法律学に、本物の力強い命を与える」のである。しかしながら、この挑戦的な予言は、田舎くさいうぬぼれの中にとどまる伝統的な法学領域においては、なお至る所で語られてはこなかったように思われる。それにもかかわらず、いずれにせよ、19世紀の中頃から外国法へと取り組むことの要請は常にな大きくなったのである。

確かに、これに対する立法上のきっかけは、すでに19世紀への転換期に、1794年のプロイセン一般ラント法の大規模な編纂、1804年の (すでに述べた) フランス民法典および1811年のオーストリア一般民法典に由来していたのであり、一方で、同時期に、国境を越えた貿易が盛んになったことによって国際私法上の規定の必要性が増大し、このために比較法的な準備作業が必要になったのである。しかし、比較法が、単に外国法を知っていることや様々な法秩序の比較以上のものであるとするならば、体系的な比較は、かの19世紀の経過の中で初めてスタートしたと言える。その場合には、3つの発展段階が区別される。

第一に、およそ1800年から1850年の時代において、とりわけ国内法の改善のための実践的な考慮と文化学問的な好奇心が、外国法への認識関心を復活させた。このことが、外国法に関する最初の包括的な叙述 (例えば、エドアルド・ガンス [Eduard Gans] の4分冊の『世界史的な展開における相続法 [Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung]』 [1824年から1835年] のようなもの) に到達させ、同様に、(カール・ザロモ・ツァハリエ [Karl Salomo Zachariae] とカール・ヨセフ・アントン・ミッターマイヤー [Carl Joseph Anton Mittermaier] による1829年の『外国の法学および立法に関する批判雑誌 [Kritischen Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes]』のような) 比較法の雑誌の創設および (1831年のコレージュ・ド・フランスでのウジェーヌ・レルミニエ [Eugène Lerminier] による「比較立法の通史・哲学史講座 [Chaire d'histoire générale et philosophique des législations comparées]」のような) 比較法の講座の開設に至った。その場合には、確かに——個人的な個別のイニシアチブを超えて——普遍的でより高次の研究レベルに到達したが、しかし、それは素材を体系的な比較プロセスに位置づけることや、あるいは独自の比較法学の基礎づけに成功することなく行なわれたものである。

いずれにせよ、1850年から1900年の第二の発展段階において、単純な法律の文言は法全体を言い表さず、それについては学説や判例による適用を通じた解釈も取り込まなければならないということが理解されるようになったように、法制史や法民俗学の導入によって、法規の考察だけで法全体を理解するという幻想から解き放たれ始めた限りでは、上述のような停滞は克服された。その場合、とりわけ、イタリア人のエメリコ・アマリ (Emerico Amari) と彼の著書である『比較立法学 (Wissenschaft von der vergleichenden Gesetzgebung)』にとっては、法律の文言それ自体はあまり重要ではなく、むしろ、ある法律が生まれることになった要因、すなわち「社会物理学の定数 (Konstanten der sozialen Physik)」としての比較という方法において、法律の運命を決定するルールを確認できることの方が重要であった。同じ時期にドイツでは、私法学者、法歴史学者そして法民俗学者として非常に創造的であったヨセフ・コーラー (Josef Kohler) が、「法文化」の研究を目的としていたのであり、一方で、ルドルフ・フォン・イエーリング (Rudolf von Jhering) が、法の道具的な性格を浮き彫りにすることで、すでに目的論的な方法と、後のいわゆる「機能的比較法」に対する礎を築いていた。

比較法的な関心の広範囲な作用が、新たに生まれた団体 (例えば、1869年のフランスにおける「比較立法協会 [Société de Législation Comparée]」、1893年におけるドイツの「比較法学および比較国家学協会 [Gesellschaft für vergleichende Rechts- und Staatswissenschaft]」、1894年のイギリスでの「比較立法協会 [Society of Comparative Legislation]」) や、この団体および他の団体によって出版された雑誌 (例えば、1869年創刊のベルギーの「国際法・比較立法雑誌 [Revue de droit international et de législation comparée]」、あるいは、ドイツで出版され、名前を変えつつ1896年から続いている「未開民族および半文明民族の法を特に考慮した比較法学および比較国家学雑誌 [Zeitschrift für vergleichende Rechts- und Staatswissenschaft mit besonderer Berücksichtigung der Rechte der Natur- und Halbkulturvölker]」) から期待された。おそらくこの時期には、実際に達成されたことよりも多くの目的があった。だから特に、法民俗学的な進化論と結びつけられた、結局のところ人類の法文化は同質のものだとする予想は表面的なものにとどまったのである。それにもかかわらず、二つのことが注目に値し、維持するに値する。つまり、実践的な観点においては、このことは改善的立法 (例えば、ドイツにおける「改正刑事訴訟法」) への比較法的な改正へ刺激なのであり、学問的な観点では、理論的に深化した法理解および独自の比較分野への発展に対して扉を開くことなのである。

第三の段階として、1900年から1950年の時代を要約することは問題のないものではないが、しかし多くの発展は、すでにそれ以前に始まっていた。このことは、特に比較法の制度化と関係している。この比較法の制度化は、本来は、先に述べた団体や出版機関から始まったのであるが、しかし、いずれにせよ、1900年のパリでの最初の「比較法国際会議 (Congrès international de droit comparé)」によって、あるフォーラムを実現し、そして、このフォーラムでは、この分野の対象、目的および方法に関する重要な基本問題が投げかけられ、その時まで有力だった比較立法は、全ての法源が考慮に含められるべきだとする比較法へと拡大されたのである。会議のオーガナイザーであったレイモン・サレイユ (Raymond Saleilles) によって追求された目的は、「文明人に共通の法 (droit commun de l'humanité civilisée)」を展開すること、あるいは、エルンスト・ツイテルマン (Ernst Zitelmann) が望んだように、共通の「解決のためのストック (Vorrat an Lösung)」を構築し、この方法によって様々な法秩序を相互的に近づけるというものであったが、他方で、このことの全ては一定の制限を伴って獲得されるのであった。というのも、法的な意味での世界統一へのあらゆる努力に際しては、比較可能なもの——それと共に類似したものが意味される——だけを相互的に比較できるという想定によって、制定法への制限およびヨーロッパ大陸の法体系への制限が現れてくるからである。また、第一次世界大戦は比較法においても明確な痕跡を残し、しかもそれは、方法論的なものであり、新たな目的設定に関するものであった。先行する比較法が、政治的に中立で学問的に客観的な認識関心から、より多くのことを規定していたならば、比較法は、そのフランスおよびイギリスの表現様式においてのみ拘束力のあるベルサイユ条約への対応において、弁護のための闘争手段にならなければならなかった。

それによって、比較法は、もっぱら単なる目的の従者 (Zweckdienerin) として有用であるにすぎないという危険を冒した。そのような誤った理解に対してなされた反論は、——例えばヴェルサイユ条約のような——具体的な交渉テーマは、確かに、興味深い素材を見出しうるが、しかし、独自の法分野として理解されるべき比較法の学問的任務は、そのような偶然の利用を超えるものだというものである。その場合には、事実問題に対する個別的处理が前面に押し出されたのである。しかし、そのような「具体的調査」にとっては、単なる法律の比較はもはや十分ではありえなかった。それによって、むしろ、「ある国家や別の国家における完全な法生活 (Rechtsleben) の全体から、同様の生活問題の中で生じる」法的な解決を比較することへと歩を進めたのである。それによって、純粋な法律の比較から解放され、コモンローをより強く考慮することへの扉が開かれた。

組織的な観点では、比較法の制度的な強化は、特に、数多くの研究施設の新たな創立に見ることができる。例えば、フランスにおいては、リヨン(1926年創立)およびパリ(1932年創立)での「比較法研究所 (Institut[s] de droit comparé)」があり、また国際的なレベルでは、1926年の国際連盟によって設立され、特に私法の統一を委託された「私法統一のための国際研究所 (Institut international pour l'unification du droit privé [UNIDROIT])」がある。ドイツでは、より重要な研究機関として、特に、カイザー・ヴィルヘルム外国公法・国際法および外国私法・国際私法研究所がベルリンに創立された(1926年)。この研究所は、第二次世界大戦後には、マックスプランク研究所として続いており、その他の比較法に関する研究所を補充していった。これにフライブルクのマックスプランク外国刑法および国際刑法研究所も属している。フライブルクの研究所は、1938年にアドルフ・シェンケ(Adolf Schönke)によって創立された大学研究所に由来しており、1965年にはハンス・ハインリッヒ・イエシェック(Hans-Heinrich Jescheck)によりマックスプランク研究所に移されたのである。その他の制度的なモメントとして、比較法の法学教育における役割も看過してはならない。ただし、ドイツは、この観点では、フランスや他の多くの諸国から大きく後れを取っているのである。

この大雑把な回顧から、これまでの比較法の展開において、刑法が特別な役割を果たしていないという印象が浮かんでくるのであれば、そのような想定は部分的にのみ正しいであろう。確実に見誤ってはならないのは、古典的な理想国家の追求をいったん無視してみると、比較および同化の努力は、主に私法の分野で行なわれているということ——しかも、支配的であるのは、多くの著者が私法の比較を簡単に比較法と同置できると考えているということである。しかし、そのような一面的な独占は現実性を考慮しておらず、ここで特に関心のある比較刑法は、いずれにせよ、すでに19世紀初頭から見られていた。名前を挙げてみると、すでに挙げたフォイエルバッハやミッターマイヤーは、今日「立法的比較法」と表示されている領域において、フランスやイギリスの模範を志向することによって、「改正刑事訴訟法」として永続性のある手続原則の導入に成功している。制度的にも、19世紀の間に、すでに一歩目が報告されている。すなわち、1846年に、パリの法学部で比較刑法の講義が開設され、1888年には、ベルギー人のアドルフ・プリンス(Adolphe Prins)、オランダ人のゲラルド・アントン・ファン・ハメル(Gerard Anton van Hamel)、そしてドイツで教鞭を執っているオーストリア人のフランツ・フォン・リスト(Franz von Liszt)らによる「国際犯罪学協会(Internationale Kriminalistische Vereinigung)」の設立によって、最初の国境を越えた学問的機関が創立さ

れた。この学問的機関の決定的な影響の下で、これまでで最も包括的で16分冊にもなる『ドイツおよび諸外国の刑法に関する比較的叙述 (Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts)』が成し遂げられたのである。その比類のなさはドイツ国外でも、例えば、レオン・ラドツイノヴィック (Leon Radzinowicz) によって、「比較刑法学の歴史における重要なものの一つ」と認められている。小規模ではあるものの、第二次世界大戦後の刑法改正に対しても、比較法的な準備作業は、とりわけフライブルクのマックスプランク研究所によって行なわれている。加えて、このフライブルクの研究所それ自体は、ますます外国法比較に対する国際的な中心点 (Anziehungspunkt) となっていった。強く改正政策に志向されているのは、依然として、フランスの指導の下、第一次世界大戦後に創設された「刑法国際協会 (Association Internationale de Droit Pénal[AIDP])」である。

2. 比較刑法の意義の増加

そのような設立や活動の存在は、すでに、比較刑法の意義が増加していることを目に見える形で示すものである。確かに、常に繰り返し懐疑的な意見が耳にされる。例えば、比較刑法が実践的な作用を有していないことが嘆かれたり、その「土台のなさ」が認証されたり、「消極的な比較法」と言われたり、あるいは「比較法の終わり」が予告されたりする場合である。しかし、比較刑法が私法の比較のように大きな役割を果たしていないことや、「不満足な状態 (Malaise)」の徴候を看過することができないということを認めるとしても、その場合には、単に欠点に対してクレームがつけられているにすぎず、比較刑法の価値や重要性が原則的に否定されるということはない。逆に、おそらくのところ、比較刑法を求める声が今日よりも大きく鳴り響いていたという時代は存在していなかったであろう。

このアクチュアルな意義の増加の理由は、——個別的に考察されるべき伝統的な比較刑法の任務を超えて——スローガンのように「法の国際化」が進んでいる中で要約することができる。経済と商取引の国際的な組み合わせの増加、民族国家の政治的な接近 (Zusammenrücken)、国境を越えたツーリズムの増大——これら全ての現象および類似の現象は、法的な対策を必要とし、摩擦を回避するために相互的に調整する機会、場合によっては調和させる機会、あるいは、そういった危険を含んでいる。しかし、保護の増加や法の増加でさえアンビバレントなものである。すなわち、規定が多くなればなるほど、より転用される可能性は大きくなり、欠陥が多ければ多いほど、濫用的な利用の危険は大きくなるのである。それを通じて、犯罪行為に対しても、広範な領域が、訴追の必要性によって開かれるのである。

比較法的な考慮を必要とする国家横断的な現象の多様性から、以下のようなことを強調することができる。

- (i) 国際的な商取引や交流に関係する事柄は、インターネットの急速な発展によって、国境を越えた犯罪の著しい増加を示す。つまり、このことは、国家間の協力の新たな形式を必要とする。
- (ii) これに対して、訴追措置と判決に関する相互的な承認が必要な限りでは、基本的な手続的諸原則 (Prozessmaximen) と人権の尊重が保障されなければならない。しかし、このために必要な共通の最低水準の準備と実装にとって、すでに単なる法律の比較は十分ではありえない。むしろ、その場合には、各国の法実務も熟慮され、比較されなければならない。
- (iii) 国際法上の犯罪の不可罰性に対して、それが国家間の戦争において、あるいは固有の民族に対する人道に対する罪として行なわれたか否かにかかわらず、真剣に終止符を打つべきだとするならば、そのことは、国内での可罰性と超国家的な可罰性の相互補完的な協働を必要とする。これについて、最もありうる形での同等性が保障されるべきだとするならば、理想的には、すでに国内での可罰性要件は相互的に調整されなければならない。同様に、超国家的な刑事司法は手本となるべきである。しかし、このことは、国家的な伝統を比較考慮することなしには達成されえないのである。
- (iv) おそらく意義の増加の最も大きな理由は、「ヨーロッパ化 (Europäisierung)」である。すでに、欧州共通市場 (europäische Binnenmarkt) の創設や、自由、安全、法に関するヨーロッパ的空間の発展によって、個々の国家の法秩序との絶え間ない調整を必要とし、恒常的に成長する共同体法に関するアキ・コムヌナテール (acquis communautaire)¹⁾ が生じただけではない。むしろ、連合法のその他の創設も比較法的な準備作業を前提とする。同様のことは、個々の国家の法の融合や調和についても妥当し、同様に、訴訟に関するレベルでの国家間の摩擦のない協働について当てはまる。後者のことは、特に、その激しく争われた導入の後、全ての構成国において同一の人権上の最低水準が保障された場合に初めて一般的な受容が見出されたヨーロッパ逮捕状 (Europäischer Haftbefehl) の実装に該当する。似たように、争いのあったヨーロッパ検察官の導入に対しては、構成国の訴追機関との衝突のない協働は、多国間での緊張関係なしに期待できるのでない。また裁判権の衝突

1) 共同体の基本条約から規則、指令、判例法等の全ての蓄積された法体系の総称のこと (外務省 HP 上の EU 関連用語集 [http://www.mofa.go.jp/mofaj/area/eu/keyword.html : 2018年3月28日閲覧] を参照。)

も考えられうる。それと結びついた、伝統に制限されている二重処罰の禁止がほとんど考慮されるべきでない当該被疑者に対する負担は、あらかじめ様々な法秩序の競合を除去し、あるいは少なくとも調整することなしには、おそらく解消されえないであろう。しかし、これらのこと全ては、他国の法に関する知識や比較を前提とするのである。

この比較法の意義の増加によって強化されたことは、すでに、私が最初にこの展開に取り組んだ際に観察されえたものである。すなわち、より以前の時代においては、比較法の学問は、政策に関する実行のための認識を提供し、それによって法を比較する者は——ビジネスマンの言えば——、政策の側では、いわば提供者という役割で登場しなければならなかった。その一方で、この間、この関係はまさに逆転した。それによって、比較刑法も供給市場から需要市場になったのである。

とりわけ、他国の法への取り組みが増加していることは、比較法を——他の法領域に対するのと同様に——刑法にとっても「第五の解釈方法」と理解しようとする場合には、法的方法論に対しても視野を広げうる。比較刑法に「輝かしい未来」が予想されるということは、ほとんど不思議なことではないのである。

C. 概念の多様さと方法の多様さ

しかし、比較刑法は、あらかじめ呼び起こされた希望を満たすためのものでなければならぬのだろうか？この問いは、簡単には答えられえないが、しかしすでに、先の大雑把な回顧から、様々な意義の相違を見て取ることができた。歴史的な展開を超えて様々な比較対象やレベルを視線に入れ、具体的な観点において、これらを実質的な可罰性要素を超え、手続き上の様式および裁判所構成法上の（gerichtsverfassungsrechtlich）要件や、同様に、実務的な（rechtstatsächlich）現状に向けるならば、この意義の相違は容易に広がりうる。また、比較の射程は、自国内部（national-intern）では、垂直的な歴史的回顾に始まり、国境を越える形では、双務的な理解から多角的で地域的な理解および普遍的な理解にまで及びうる。その場合、このことは、個別の犯罪要素および特別な犯罪行為というミクロのレベルでも、犯罪体系全体あるいは刑事政策的な基本コンセプトのような面の大きな刑法領域というマクロのレベルでも行なわれうる。

自明であるのは、そのような比較法の考えられうる目的、対象、決定根拠、射程および方法の多様さにおいて、それが包括的で言明力のある概念の下にもたらされるのは難しいということである。それゆえ、多くの著者によって、あらゆる定義づけの努力が放棄され、あるいは、それどころか一般的に受け入れられるべき定義が

排除されるということは、不思議なことではない。ここでも、現在のところ見出されうる名称 (Bezeichnungen) が多様であることを概観するために、さしあたり定義づけの試みは後回しにする。

その場合、あまり言明力がないものとして、「伝統的比較法 (traditional comparative law)」、
「メインストリーム比較法 (mainstream comparative law)」、
「慣習的比較法 (conventional comparative law)」あるいは「ポストモダンの比較法 (post-modern comparative law)」のような、結局のところ事実的な基準を欠く名称を初めから無視することはできる。

主として特定の目的に向けられた比較刑法の特徴づけに着手するために、私がさしあたり三つに分けて提言した

- (1) 司法的比較法 (judikativer Rechtsvergleichung)
- (2) 立法的比較法 (legislativer Rechtsvergleichung)
- (3) 学問的・理論的比較法 (wissenschaftlich-theoretischer Rechtsvergleichung)

という区別があるが、この場合、この「三大要素 (Trias)」は、この間、他の賛同も得て、後に

- (4) 評価的・競争的比較法 (evaluativ-kompetitiver Rechtsvergleichung)
- によって補足され、それによって「四大要素 (Tetrade)」という一つの方法にまで拡大された。

部分的には同じ方向に向けられているが、しかし厳密に見てみると、より多くのことを方法論的なバリエーションによって補足する形で、ウルリッヒ・ジーバー (Ulrich Sieber) によって、次のように七分割された。

- (5) 普遍的比較刑法 (universale Strafrechtsvergleichung)
- (6) 機能的比較刑法 (funktionale Strafrechtsvergleichung)
- (7) 体系的比較刑法 (systematische Strafrechtsvergleichung)
- (8) 構造比較的比較刑法 (strukturvergleichende Strafrechtsvergleichung)
- (9) 評価的・評価比較的比較刑法 (wertend-wertvergleichende Strafrechtsvergleichung)
- (10) 事例基礎的比較刑法 (fallbasierte Strafrechtsvergleichung)
- (11) コンピューターに裏づけられた比較刑法 (computergestützte Strafrechtsvergleichung)

一部では似たような意味で、しかし一部では他の比較法的なアクセントが置かれる形で、以下のような名称が見出されうる。

- (12) 比較法の正統化機能 (Legitimierungsfunktion der Rechtsvergleichung)

- (13) 比較法の保護機能 (Schutzfunktion der Rechtsvergleichung)
- (14) 比較法のコントロール機能 (Kontrollfunktion der Rechtsvergleichung)
- (15) 比較法の準備機能およびイニシアチブ機能 (Vorbereitungs- und Initiativfunktion der Rechtsvergleichung)
- (16) 批判的比較法 (kritische Rechtsvergleichung)
- (17) 国家転覆的比較法 (subversive Rechtsvergleichung)
- (18) 受容増大的比較法 (akzeptanzsteigernde Rechtsvergleichung)
- (19) 調和的比較法 (harmonisierende Rechtsvergleichung)
- (20) 紛争回避的比較法 (konfliktvermeidende Rechtsvergleichung)
- (21) 談話的・仲裁的比較法 (diskursiv-vermittelnde Rechtsvergleichung)
- (22) 操作的・機能主義的比較法 (operativ-funktionalistische Rechtsvergleichung)
- (23) 機能的・被構造的比較法 (funktional-strukturierte Rechtsvergleichung)
- (24) 機能的等価 (funktionale Äquivalenz)
- (25) 執行的比較法 (exekutorische Rechtsvergleichung)
- (26) 道具的比較法 (instrumentelle Rechtsvergleichung)
- (27) 弁証法的比較法 (dialektische Rechtsvergleichung)
- (28) 帰納的比較法 (induktive Rechtsvergleichung)
- (29) 輸入・輸出志向的比較法 (import-export-orientierte Rechtsvergleichung)
- (30) 学術的比較法 (akademische Rechtsvergleichung)
- (31) 文化関連的比較法 (kulturbezogene Rechtsvergleichung)
- (32) 博物館的比較法 (museale Rechtsvergleichung)
- (33) 記述的比較法 (deskriptive Rechtsvergleichung)
- (34) 自由意志的・任意的もしくは強制的比較法 (freiwillig-beliebige bzw. zwingende Rechtsvergleichung)

この概観の中には、とりわけ、——多くの者によってそのように言われている——イエシエックの「四段階モデル (Vier-Stufen-Modell)」も予想されうるであろう。しかし厳密に見てみると、この(イエシエック自身によってそのように示されている)「比較刑法研究の精神的方法論 (geistige Methodik der strafrechtsvergleichenden Forschung)」においては、比較法の特別な方法が重要なのではなく、比較法的な作業にとって本質的な検討ステップが重要であるにすぎない。このステップは非常に重要なことであるが、しかし他の場所で詳しく取り扱うことにする。

D. 目的——方法——前提：細分化，定義，統合

先述の比較法の様々な機能や様式のリストアップとそれに対応する名称には、これから示すように、更なるものが加えられえた。しかし、すでに一目見て認識できるように、この特徴づけによっては、それぞれ、特別な個別の断面が示されたにすぎない。もう一度見てみると明らかになるのは、この外見上の寄せ集めは、学問上、三つの異なるカテゴリーに分類されうるということである。つまり、比較法の目的、方法そして前提である。

それぞれが異なる目的設定を持つのであれば、全ての比較法の名称は一次的に目的志向的なものとして要約でき、それは比較法の特定の機能あるいは任務を表現するとされる。いずれにせよ、このことが当てはまるのは、上で挙げたリストからは、司法的比較法(1)、立法的比較法(2)、学問的・理論的比較法(3)、そしておそらく同様に、学術的比較法(30)、博物館的比較法(32)、自由意志的・任意的比較法(34)および評価的・競争的比較法(4)である。似たように、正統化機能(12)、保護機能(13)、コントロール機能(14)やイニシアチブ機能(15)を伴う比較法の方法、また同様に、批判的(16)、国家転覆的(17)、受容増大的(18)、調和的(19)、紛争回避的(20)、談話的・仲裁的(21)および輸入・輸出志向的(29)として示された比較法の方法によって、それぞれ特定の目的が追求されている。加えて、これらの目的設定は、その他の任務の記述によって分離・独立されうる。

これとは区別されるのは、一次的に方法に方向づけられる形で、特定の種類の比較の方法を示すとされる比較法の名称である。いずれにせよ、このことは、機能的比較法(6)、操作的・機能主義的比較法(22)および機能的・被構造的比較法(23)に当てはまり、また、機能的等価(24)にも同様に当てはまり、さらに、体系的比較法(7)、構造比較的比較法(8)、道具的比較法(26)および弁証法的比較法(27)、並びに、帰納的比較法(28)、事例基礎的比較法(10)、コンピューターに裏づけられた比較法(11)および記述的比較法(33)にも妥当する。

なお残っている比較法のバリエーションを、ある一つのカテゴリーあるいは他のカテゴリーに振り分けるということは、ほとんどできない。例えば、普遍的比較法(5)は、一方でグローバルな研究目的に向けられうるのであり、他方で、特定の理論的目的あるいは立法的目的に対して、方法として役立つのである。似たように、評価的・評価比較的比較法(9)は、特定の法的問題に対してありうるベストな解決の追求を目的としうるし、あるいは、単に比較法的な研究の方法上の最終結果を示しうるにすぎない。同様に、文化関連的比較法(31)においては、目的設定によって、様々な手続文化を対置することが重要でありうるし、一方で、立法に志向され

た比較の場合には、文化に条件づけられた違いを明らかにすることが方法上重要になりうる。執行的比較法⁽²⁾も、確かに主に司法上の決定の実行を目的とし、それによって司法的比較法⁽¹⁾に接近するが、しかし、これに関して方法的に評価を要求する限りでは、二つの側面を持つのである。

この比較法の様々な様式が、詳細に論じられうる場合にも、以下のようなことが確認されうる。

- 第一に、所見が多様なことに鑑みると、統一的で内容的に全てを包括する概念という意味における「特定の(die)」比較法は存在しえない。むしろ、比較法の目的や方法に関して、様々なバリエーションが見出されうるのであり、さらにそれは細分されうるのである。それゆえ、比較法は個々の要素を手がかりにして特徴づけることはできない。
- しかし、第二に、これらの様式は同価値でもなく、互いに関連のないものでもない。むしろ、それは様々な方法で相互的に依存し合い、相互的に結びつけられうる。例えば、様々な法族(Rechtsfamilien)のマクロ・グローバルな比較は、アクチュアルな個別問題のためのベストな立法的解決の追求において、ミクロな比較とは異なる方法を要求する。
- 第三に、このために必要な目的と方法の統合において、第一に挙げたことが優先的に規定されうる。例えば、具体的に、外国の刑罰規範の司法権上の証明書や調整が重要か否か、立法府のストックを目標に置くのか否か、あるいは解釈論上の構造比較が目指されるのか否かに応じて、また、比較の射程が国内的なのか、国境を越えているのか、あるいは普遍的なのかに応じて、これについて適用されるべき方法は常に異なりうる。同じことは、その都度必要な要件や考慮されるべき限界について妥当し、この要件や限界は、目的設定やその場合に適用されるべき方法に応じて異なりうるのである。それゆえ、特定の方法に従った比較法の名称によっては、常に、目的設定と実行条件の間に位置づけられた一部分(Teilstück)のみが理解可能なのである。
- 第四に、比較を可能にし、ゆがみを回避するために、研究は、一般的に承認された学問的基準に従って行なわれなければならない、それに応じた形で体系的かつ方法適合的に行なわれなければならない。このことは、あらゆる検討段階に妥当する。つまり、問題提起に始まり、国の選択、結論の探求と評価にまで続くのである。
- 第五に、恣意的で同時に先取的な方法で様々な目的設定あるいは方法の一つに固定することなく比較法を定義づけようと試みるならば、その場合、比較法は、学問的・体系的に特定の目的に向けられ、それに応じた方法上適切な様々

な法の比較として示されうる。それは、国内の様々な法領域が相互的に比較される、あるいは「深化した比較法」という意味において様々な歴史的な発展段階が研究されるのであれ、伝統的な形で水平的レベルで様々な国の法秩序が比較されるのであれ、あるいは、超国家的な形で垂直的な段階分けにおいて上位に置かれた法秩序と下位に置かれた法秩序の間の比較が着目されるのであれ、そのように示されるのである。比較刑法については、この様々な様式から、水平的で国境を越えるような、そして垂直的で超国家的な比較が強調されるのである。

➤第六に、このプロジェクトにおいて追求されている構造比較という立場に関係することは、ひとまず、以下に述べるように様々な目的や方法が述べられた時に初めて、首尾一貫した形で規定されうるのである。

E. 目的のない学問としての比較刑法？

個別の考察に入る前に、なお、ある基本問題が明らかにされなければならない。つまり、比較法の学問上の自己理解の基本問題である。この場合、ここでは、一時的に激しく議論された問題、すなわち、比較法は自律的な学問を意味するのか、あるいは単に特定の方法を意味するのかという問題はあまり重要でない。しかし、比較法が何と関係しうるのかということは、比較法の表向きの目的自由性(Zweckfreiheit)を問うことである。この意味において、比較法は、例えばイエシェックによって—そしてイエシェックにならってカイザー(Kaiser)によっても—「目的を必要としない基本研究(……)であり、有用性を考慮することなく、直接的な法の認識に資するもの」として記述された。「純粋な研究」としての比較法の特徴づけ、あるいは「純粋な認識関心」によって導かれたものとしての比較法の特徴づけもまた、目的自由性の印象を喚起する。

しかし、比較法のそのような理解は、実際に維持できるものでも概念的に正当でもないように思われる。比較刑法が実際に目的を必要としないものとして理解されるのであれば、根本的には、あらゆる比較法的な委託研究には、すでに原則的に学問性は認められえないであろう。しかし特定の帰結が期待されているとは言わないまでも、この種の研究によって、はっきりと、ある目的は追求されている。たとえ特定の結果が期待されていることが非常に確実である、つまり、ある学者が実際に結論に方向づけられた基準(Vorgabe)に手を出し、研究の信頼を失わせ、それどころか方法論が操作されており、学問性の要求が確実に失われる場合であろうとも、方法上適切に行なわれている限りでは、研究プロジェクトがある特定の目的を追従している、あるいは何らかの有益さをもたらすべきであるがゆえに、この

適格性 (Qualifikation) が消失する必要はないのである。そうでないならば、特に、官省や裁判所の依頼で、立法計画の準備や国家横断的な可罰性の解明のために行なわれているマックスプランク研究所のかなりの数のプロジェクトにおいて、学問的性格は否定されうるであろう。

しかしよく見ると、委託研究以外のところでさえ、完全な目的自由性はほとんど話題になっていない。それどころか、このことは、純粋な研究として直接に特定の目的に資するものでない基本研究、あるいは特定の目標に到達しようとしている新たな認識に向けられた基本研究についても当てはまり、同様に、他国の法の特に興味深い姿を、いわば「化石」のように横に並べ、その多様性あるいは自国の法との共通点を比較する「博物館的」比較法についても妥当する。なぜなら、そのようなケースでさえ、特定の目的が追求されているからである。この目的が学問上の好奇心でしかないときでさえ、この好奇心が楽しまれ唆を与えることによって、それは有用性を有しているのである。

つまり、せいぜいのところ、比較法の目的自由性が意味しうることは、結論に方向づけられた基準や、あるいは方法的に異常な形で有用性考慮から自由だということである。しかし、比較法は、折に触れて要請されているように、ほとんど「純粋な研究」として理解されることはない。いずれにせよ、実際にはすでにかなり以前から、そのようなイメージからは遠ざかっていた。というのも、アリストテレスやグロティウスやモンテスキューのような著名な比較法の手本が、ハンス・シュルツ (Hans Schultz) から明らかにされたように、比較法は、すでに「その最初の体系的でない始まり以来、オープンな形で、あるいは暗黙的に、現行法よりも優れた法を見つけるという法政策的な意図に尽くしてきた」ように思われるからである。注目に値することに、目的自由性を擁護する者においてさえ、すぐに比較刑法が資すべき任務の列挙に移ったのである。しかし、特定の目的を充足することとは別に、これらの諸任務が目標とすべきこととは何なのであろうか？

それにもかかわらず、比較法の目的自由性に関する議論は、十分に注目に値するものだとされている。とりわけ、比較法はあらかじめ存在する関心によって道具化されてはならず、有用性の考慮を通じて、その独立性や偏見の中で腐敗させられてはならないというのである。しかし、それによって、すでに、比較法の目的自由性それ自体はもはや重要ではなく、むしろ、その目標の正統性やその方法の正しさが重要となっている。両方のことは、以下に続く個別の考察に際して注意されなければならぬのである。

(山下裕樹)

II. 比較刑法の目的と役割

前節から明らかなように、比較法は、比較に用いられる手法が選択される前に、まず目的設定が行われる。すでに確認したように、目的は調査者の側で異なりうる。比較法によって考慮可能な全ての比較刑法の目的を含ませることなく、一部ではそれを認識する利益に応じて多かれ少なかれ任意の個別的機能を取り上げ、また一部では特定のグループを形成することが可能である。他方で、概念とモデルの多様性 (I. C.) からすると比較刑法の目的設定に組み込むことのできる、あらゆる課題と期待を同価値に並置しようとした場合には、多くの対象を挙げることによって、たとえば、受容増大的比較法(18)が立法的比較法(2)ほど理論的には貢献しないというように、結局のところ、単に一般的な目的設定の機能の低下が問題となるにすぎないことを見誤ることになる。同じものが、たとえば、主導的な機能のために承認することができるのに対して、コントロール機能(14)は、司法的比較法(1)のために重要とされる。それに対して批判的機能(16)は、むしろ、理論的(3)または評価的・競争的比較法(4)の中にその地位を有している。このようにして、ありうる比較の目的の多様性を、根本的な目的とそれに応じた機能で区別しようとした場合、主な目的に関しては、先に紹介した「三大要素 (Trias)」とよばれて承認されている理論的、司法的、立法的比較刑法という基本的分類が考えられる。これらは特定の評価的・競争的比較刑法を補完し、それによって比較刑法の「四大要素 (Tetrad)」に拡張されるのである。

ある目的がこの主な目的のより前の段階から外れる場合 (その際には、司法的、立法的比較法が理論的比較法に前置される)、最後の目的と一緒に行われる。何故なら、一方では、特に、懐疑的な者に対し、司法的目的設定を元にして直接的な実務上の比較刑法の利益を明確に示すことが重要となるため、あるいは、理論的比較法の前置によってすでに基本的な意味が明示されているため、もしくは、独立した目的としても、他の比較刑法の基礎・道具としても説明されるためである。

A. 理論的比較刑法

まずは、専門用語の明確化から出発する。ここでは、「理論的」比較法について論じるのであって、「学問的理論的 (wissenschaftlich-theoretischer)」、「学術的な」あるいは比較法的な「基礎研究 (Grundlagenforschung)」については論じない。それは以下の理由からである。「学問的理論的」比較法について論じるとい

うことは、他の比較法の手法に学問性の欠如が存在しているという誤謬を想起する可能性がある。しかし、実際には、学問性は、理論的比較法の独立のメルクマールなのではなくて、適切な比較法の本質それ自体である。次に、「学術的比較法」については、理論的比較法が大学または類似の研究機関のために留保されており、他の場所での比較法が純粋な理論的理解への関心から行われていないかのような印象を抱かせる。また、「基礎研究」についても、理論的比較法がほとんど限定されていない。基礎研究は、理論的比較法よりはるかに広い研究領域を有している。これらの誤解の可能性のある名称よりも、「理論的」という名称は、ここで問題とされる比較法の手段の名称として優先される。この名称は、一方で、それによって司法的な「実務的 (praktischer)」比較法と、立法的な「実務的」比較法との相違が明確に現れているためであり、他方で、それによって理論的比較法が実務的比較法の重要な下準備を行うという意味を排除しないためでもある。

以上から、理論的比較法が目指すべき2つの基本的方向性が示される。実務上の適用範囲を欠いた認識関心を目的とすること、および／または、実務のための予備調査を目的とすることである。たとえ、その際に流動的な経緯が存在していたとしても、完全に目的が存在していないわけではないが、その目的がそれ自体の外側に存在するのではなくて、国内法の認識と外国法との比較の中に見出されることは、第1の認識関心に特有のものである。その際、大まかに分けて、理論的調査と反映は、4段階の等級に区別される。

1. 外国法を通じた水平的拡大——国内法のバックミラー

外国法が参照されることによって異なった理由付けがなされうる。すべての外国法に対する純粋な知識欲が刺激される一方で、国内法への振り返り (Rückblendung) が重要となる。その際に、単に同様のあるいは異なる法的現象の外国における様相が解明されるにすぎないのであれば、これは「博物館的比較法」(32) と呼ばれる枠組みで展開される。

そのような国家を超えた水平的拡大は、すでに相当な情報の蓄積が存在している。海外の調査で——新しい形式、活発化あるいは反発として——より詳しい背後関係の調査が促されるような法的に注目すべき事象に出くわすことや、外国の類似事例を見て国内の法的問題についての論争において国内における法的判断の是非を確認したり、熟考したりするということ、あるいは、——画廊のように——法の時代の同種性からインスピレーションを得る、もしくは国家の法的形象の多様性からインスピレーションを得るということである。仮に、比較法において、視点が表層

に向けられているに過ぎなかったとしても、すでにそれによって、法の可変性と、それを通じた国の文化の限定的な相互関連性が知覚できる。その際には、それぞれの法の長所も短所も明らかにすることができるのである。

もしかすると外国法の知覚よりも、自国法への反射効の方がより明確かもしれない。つまり、外国法に取り組むことで、自国法の自己理解を助けるのである。まずは、他者や、自分のとは違うやり方との対立について認識するように、外国法について知ることは、自国法についてよりよく理解することを助ける。著者がニューヨークにおける初めての海外研究の際に、個人的に体験したように、まずは自国法の性質と特殊性が、外国の現象と直面することによって意識される。その時までには理解したと考えていたものが、普通ではないと気付くことができる。不可侵であると認識していたものが、自国法の世界観的に前提とされているものであり、根拠が必要であることが強調される。あるいは、自国法が疑われるきっかけになったことが、外国においてより良い解決が欠如することによって、その疑いが緩和される。このような理解から、特に、「評価的・競争的」比較法(4)について、一定の演繹を導くことができる。

2. 比較法の基礎研究

(a) 外国法学——刑法の比較

理論的比較法の各段階に至る前に、若干の限定を行うために「基礎研究」について述べる。外国法を単に記述するか、あるいは、関連性なしに並置する限りは、厳密に言えば本来の意味における比較法は問題とならない。このような叙述には、確かに学問上の固有領域が存在しているわけではないが、少なくとも、記述された法秩序における認識にとっては、鉅脈としての価値があるし、法科学および文化科学の一分野として承認することができる。しかしながら、「比較」法学の地位へと押し上げるためには、——「外国法学」の意味における——単なる外国法の認識手段であるだけでは十分ではない。むしろ、真の比較法のためには——すでにその名称において表されているように——対置と調整に関する最少限度が要求される。もっとも、19世紀前半に至るまで、比較法は、しばしば外国法の知識と混同され、19世紀後半においては、法秩序を並置することに限定されていたために不十分であった。そのために、刑事法の分野にとっての本来の比較法の始まりは、19世紀中頃にフォイエルバッハ、あるいはミッターマイヤーによってもたらされた。

それにもかかわらず、単なる外国法の記録と本来的比較法との間に絶対的な隔たりのあるか否か、あるいは、前者の場合には、少なくとも、「記術的比較法」とい

うことができるのかは議論がある。狭義における「比較法」という呼称を差し控えることには、外国法が自国法の振り返りにおいて紹介されないという点か、あるいは基準にそった分類をせずに繰り返して各国の記録が並置されているにすぎないという点に根拠がある。それに対して、そこから除外されるのは、決められた基準を手掛かりに国別の報告を分類し、それに応じて比較を容易にするか、あるいは比較の最少限度を備える研究である。事実、これらの事例において、横断的性格の比較が滞っているか、比較評価が初めから意図されておらず、読み手に委ねられているとしても、各国別報告書が照準を合わせている基準のカatalogの展開には比較法の断片が混じっている。

それは、パラレルな国別報告書にとどまるのではなく、定められた基準を手掛かりとして一緒に比較し、その際に、共通点と相違点を際立たせれば一層有効である。提出された「構造比較計画」はこの枠組みの中にある。アンケートが行われる刑法秩序について訴求力の大きい回答を求めて、複数の事例類型によって予測される状況の組み合わせの選択をする際だけではなく、国別報告書に設定された記載基準の展開のためにも、少なからず比較法の下準備に役立つ。むしろ、その場合、次の段階で異なる国別報告書から読み取られる調査結果を、特定の基準を手掛かりに分析し、概説的に要約し、輪郭を描くことができる。この後の段階において狭義の比較法が問題となるにしても、これはさしあたって外国法の素材理解の前提となる。その限りで、外国法の叙述と、比較法的分析・評価との間の「機能の統一」が確認されるのである。その場合には、少なくとも、「広義における比較刑法」ということができる。

(b) ミクロ比較——マクロ比較——基礎研究

何を「基礎研究」として理解するのかについても明らかにされるべきである。どのように基礎研究の多数の参照先を思いつけるかについては、それぞれの外国法研究者・比較者が考えるべきであるとすれば、理論的比較法と比較法の基礎研究を同一視することになる。しかし、それにより基礎研究は「小さなコイン」へとその価値を落とすことになってしまう。つまり、基礎研究が、その名前から想起されるような、理論的な「深い穴」の性質を維持するためには、基礎研究の位置づけに関する判断は、個別の表面上の記述では十分ではなく、大きな領域を含むか、あるいは重要な個別の現象を徹底的に究明する調査がなされなければならない。

このような手段の比較法の基礎研究は、その広さ・深さに関して、様々な強度で行われる。その際、特に以下のような内容に焦点が合わせられる。

——「目的論的、および/または、方法論的比較法」の意味において、ここで行われるような、理論的反映、および/または、手法的反映という方法によって、まず何が意義のある比較刑法の対象となり得るのか、どのようにして到達目標を最もよく達成できるのかということについて一般的な調査をすること、

——たとえば、正当防衛や殺人に関する個別的なないしは小さな領域の「マイクロ比較」のような個別の現象を超えた、無罪の根拠の多面的なないしは大きな領域の「マクロ比較」における共通点もしくは相違点を明示すること、あるいは刑法的な生命の保護のモデルを記述すること、

——一般的可罰性の要素または特定の構成要件の範囲のための主たる要件を外国の法秩序の認識から築くこと、

——「理解され、解釈されている精神科学」の意味における刑法秩序の構築のために深い理解を得ること、その際に物事の根源を究明する一般的な規則性と実現の要因、実現のメカニズムを確認すること、および/または、複数の解決モデルを区別し、調和を図ること、

——「普遍的比較法」の形式において、刑法の全体的な描写を通じて、「一般的刑法学説」を展開すること、

——一般的法原則を明らかにすることによって、「模範刑法」を形成すること、

——「文化関連的比較法」によって刑法の文化的制限を明らかにすること、ならびに刑法自体を国固有の文化的現象として調査対象とすること、

——「批判的比較法」の意味——および法教育的な面において——国内の刑法体系ならびに外国の刑法体系の長所・短所についての観点を先鋭化すること、

——いわば「社会学的機能」において、刑法的に意義のある社会問題を調査すること、

——改善を要する法的・社会的問題について、「解決法のストック」を置くこと。

これらの多数の目的がすでに実践のための下準備である基礎研究のカテゴリーに分類される範囲で、理論的レベルでの概念およびモデルのカatalog (I. C.) の中にまとめられた比較法の機能について以下で詳述する。

(c) 普遍的比較刑法——要求および達成可能性

特に、「普遍的比較刑法」から想起される期待をより詳細に明らかにする必要がある。確かに、多くを達成しようとする場合には、高い目的を設定しなければならない。それでは、どのような目的が、特に政治、経済、社会で進行しているグロー

バル化と、それに並行して現れた犯罪の超国家化の時代において、普遍的な刑法解釈の発展にとって、グローバルな記述よりも重要であり得るのであるか。しかし、比較刑法の普遍的主張は魅力的であるのと同時に失望されやすい。というのも、「普遍的」比較刑法は、主題となる全ての刑法領域に含まれているだけでなく、さらに、真に普遍的な刑法解釈のために必要な理論的な徹底についても、実務の多数に及ぶ公的資料の再検討についても含み、全世界に領域を有していなければならない。これら全ての課題を片付けることは、すでに論理的に疑わしく、最新の調査方法および資料整備方法によってもほとんど実現できないように思われる。

同様に刑法のグローバルかつ包括的な全体的叙述の実際的な困難性は、「国際的な比較刑法のためのマックスプランク情報システム (Internationalen Max-Planck-Informationssystem für Strafrechtsvergleichung)」によって示されている。今日、要求の多い全プロジェクトによる期待された情報と知識の獲得を十分に評価することができないが、そこでは現在のところ27の刑法秩序だけが述べられているにとどまり、また刑法総論の特定の範囲についてのみ述べられているにすぎない。しかし、これが今まで代表的な選択として行われており、まだそこに他の国が付け加えられるという点では、普遍性に至るまで、主題的に各論の犯罪構成要件と刑事手続法も、領域的に全世界の法秩序も含み、——完全な状態に近づけるための——さらなる手段がある。それは、そのような方法が全くとられていなかったという意味ではないが、アクセス可能性に様々な限界が存在していた。そこには議論の前提に障害が存在している。比較可能な言語で入手できない限り、刑法の資料が広範に存在していることが比較法を閉ざすのである。——たとえば、ドイツ、オーストリア、スイスの中のように——同一の言語圏の内ですでに同じ言葉が同じ意味を持つ必要はないとして、異なる言語のテキストの場合には、比較目的のために統一された専門用語への翻訳においてすでに、そのようなものとして識別され、疑義のある事例では開かれたままにされる解釈が存在しうる。

そのような困難は、普遍的な刑法解釈学の発展を求める場合にはなお大きくなる。発展のためには世界中の刑法規定の資料と解釈が問題となるだけでなく、それぞれの解釈の徹底・体系化も問題となる。その際、一国の内ですでによく知られた学派の争いにおける「支配的見解」を確認することが困難であることがある。このとき、「正しい」ことは求められず、時流に乗った短命な解釈であることもある。より高いレベルで——どのような刑法のイデオロギー上の前提に従おうとも——グローバルな刑法解釈学の輪郭を描くために、全世界的に認識されるべき解釈が共通点を示す場合、および／または、その根本的な相違の中で明らかとなるべき場合に

は、なおのこと一層、比較法上の労力のかかる仕事になってしまう。グローバルな広がりや犠牲に、個別的な可罰性の要素を選択的に掘り下げることの利益を得ること、あるいは、グローバルな性質のために解釈上の掘り下げが犠牲とされることのために、そのような莫大な労力を要求するのは適当でない。最悪の場合、広がりや深さを犠牲に、部分的な概略で十分とされる。というのも、このような犠牲は、常に甘受されており、その場合には、真の「普遍的刑法解釈学」について、ほとんど議論されることはないからである。

それゆえ、「普遍的」比較刑法の概念と要求を——過剰な約束として——放棄しないのであれば、その普遍性は、初めから制限された意味において理解される。そして、確かに、比較刑法が一方でグローバルでも包括的でもありえず、他方で決められた法族(「大陸法」、「コモンロー」)、地域(ヨーロッパ、近隣諸国、語圏)に制限されているわけでもなく、決められた刑法の範囲(一般的な可罰性の要素、手続モデル)に固定されているわけでもないために、根本的に二律背反なものとならざるをえない。むしろ、比較法は、空間面・客観面で開かれている。これらの実質的意味において、「普遍的」比較刑法は、少なくとも、最も傾向として隔絶されており、原理的に最も広い可能性のある刑法理解を目指していると理解できる。

結論として、どのようにして、比較法上避けては通れない国を選ぶかについては、抽象的には確定できず、それぞれの研究の立場次第である。その際のポイントは、以下の通りである。

➤たとえば、周辺の国の法秩序を容易に検討することができないような法族の調査が問題となる場合、一方では全体像をグローバルに認識することが要求されるが、他方では全体の実体的刑法と形式的刑法を調査することまでは要求されない。というのも、通常は、単にモデルを形成していると考えられる要素と基準を選び出して、記述するからである。その際、個別の国の理解がなされなくても良いのではなく、グループ分けによって、決まった法族が明らかにされるということが強調される。

➤それに対して、刑法上の答責性のモデルの相違が強調される場合には、包括的または特定の法族への従属性ではなくて、むしろ認識された刑法システムとして詳細に記述するかに左右される。もっとも、それについては、単に関連した刑罰規範を並置するだけでは十分ではなく、実体的・手続的な相互の関連性と、それに関して展開されている実務と学説が記述されなければならない。

➤刑法解釈学に関しては、普遍性は、一般に展開可能な、およそ「半分だけ」の、制限された範囲内で達成される。一方で、異なった国の刑法解釈学の多様性がそれぞれの適切に評価された深さの見積もりの中で生じる場合、比較が困難である多数のモデルを並置することによって前進することはない。他方で、この多様なモデルが統一性のあるシステム全体の中で収集される場合には、これらは、国の模範に大きな訴求力を有していない高度に抽象的なレベルである。そのような極限は、三種の方法で論じられる。たとえば、犯罪構成の構造上（場合によっては、違法性／正当性またはそれ以外によって）、主観的帰属の要素（故意、過失、錯誤）あるいは正犯・共犯の形式などのように、「部分的な刑法解釈学」の方法で刑法的に単一の現象の分析・比較に制限される。難しいのは、異なる法秩序の解釈上の基本要素は、それぞれの国の刑法解釈学が内容全体に反映されることはないが、それらなしに解釈することが完全に否定されないメタレベルで体系化されるという「国家を超えた混合的解釈学」であることである。「国際的」または「超国家的刑法解釈学」の展開についても、地域および超国家的刑事裁判の判例が体系的に再検討され、国の刑法の考慮のときに解釈上、さらに考慮され、補正されるということが考えられる。

しかし、「普遍的比較刑法」は、超国家的傾向の比較刑法の意味においては、必然的に、空間的にグローバルな比較刑法、あるいは目的的に包括的比較刑法について述べることができな場合であったとしても行われる。それは合理的ではなく、途方もない浪費に直面することになる。そのために、これを比較刑法の最大限の第1の立場においた場合、その希望を容易に実現することはできない。

(d) 「体系的比較刑法」——「構造比較」

このリストの作成においては、その都度の比較刑法の個別の現象形態として見出される概念も必要である。なぜなら、異なる解釈が可能であり、明確化が必要だからである。

➤「体系的」比較刑法が個別のカテゴリーとしてあげられることは不思議に思われるかもしれない。単に物語の人気度において博物館的に挙げられるのではなく、学問上の主張として十分であるべきである比較法の手法が、定義ごとに体系化されてはならないのではないだろうか？それにもかかわらず、この特徴付けに一定の価値を認めるのであれば、この価値は、その対象と手法の特殊性の中に見出される。

対象の観点においては、例えば、犯罪の構成、法益保護システムまたは刑事手続システムのような法体系は、比較調査の対象となりうる。その際、法体系自体が無

条件に比較の最終目標とされる必要はない。むしろ、その研究を背後にある文化的システムを理解するための中間媒体として役立つ。しかし、法体系がそれぞれシステム上のあり方から生じるということは珍しくない。そのために、このような比較法の対象については「体系的な」というよりも、「体系比較」という方が良いだろう。

方法論的な観点においては、「体系的な」という表現により、比較がある概念または個別の法的形象に限定されるのではなくて、そのような体系的な全ての関係性の中で認識されなければならないということが表されている。その際、比較法が概念の規範的対置では十分ではなく、社会的文脈における役割から出発するべきであるということを明確化することが重要となるとすれば、比較法は「機能的比較法」と呼ばれ、方法論の部分でさらに詳しく行われる範囲で展開される。それに加えて、「体系的な」という言葉で、規範的および構造的関連と、その経験的・実在的基礎が共通して認識される場合には、事物の「構造比較」と呼ばれるものに近づく。

「多数の様々な関連の規定が、しばしばそれぞれの法秩序の全体的な体系においてのみ理解され」、この多数の規程が「集められ、——その評価の観点で——体系化されなければならない」という問題に機能的比較法が直面する場合には、そのことで——たとえ、疑いがなく重要であっても——比較可能性にとっての方法論上の有意な比較法の部分要件によって根拠付けられることなしに言われているに過ぎない。同様のことは、それぞれ異なる国の刑法の共通点と相違に関する体系的全体的記述が行われるという、——当然に基本的とされる——(合理的)比較刑法の役割に対しても言える。これらが体系的になされていない限りは、学問的比較法は問題とならないからである。

➤それに対して、その固有の価値の疑いは、たとえ、これらが比較刑法の異なる型において明らかになった場合でも、「構造比較」の際には生じない。先述の手法のバリエーションにおいては、刑法上の規範システムの比較を、規定のレベルに制限するのではなくて、全体的な理解において現実のレベルも相互に参照することが重要である。もっとも、そのような規範的・経験的な拡大は、もっぱら社会生活における法概念の所在と役割を現実に即して理解することに役立つ点で、単に——「構造比較的」ではあるが——「機能的」根拠の継続発展が重要となるのである。

それに対して、主題の意味においての、「構造比較」は、まず、全体的な因子が認識のための手段として役立つだけでなく、その構造自体が認識の対象である

ところにある。その際に、「構造」の中で、とりわけ、「どのように当該部分を、当該のより大きな統一（Einheit）へと組み立て、この統一の中で、その特殊な機能を満たすのかという手段と方法」が理解可能である場合には、刑法的な構造比較について、——その規範的・経験的な総体によって——刑法システムの個別の要素と構成要素の考察へと制限することでは足りない。その場合には、むしろ、刑法システムの様々な要素が、それぞれ全体的作用の連関において調査され、相互に比較される。

何故なら、これは、本書のプロジェクトでも注目されるように、構造比較の手段でもあるからである。様々なバリエーションを有する出発事例を手掛かりに、まずは、実体法的レベルで殺人の刑罰を根拠付ける要素が法律の文言ならびに判例・学説による解釈によって確認され、ありうる無罪の根拠について問われる。その次に、量刑の際のありうる異なる処理が調査され、手続方法の特殊性が考慮され、最終的に、当該事例とその派生類型の処理を刑の執行まで追跡する。

それぞれの認識関心によって、構造に関連した比較刑法は、当然に他のテーマの範囲のためにも、考慮することができ、異なる目的のために貢献しうる。たとえ、ここで、疑わしい構造比較計画によって、理論的な基礎研究が行われていたとしても、そこから生じた調査結果は、立法的目的のためには必ず役立つ。同じように、汚職刑法に対する構造比較計画の際には、買収構成要件の分析を超えて、訴追についての厳格さの異なった起訴法定主義と起訴便宜主義を研究することや、異なった実務の取り決めと法執行に至る相互作用が追求されるという、異なる認識の関心が重要であった。たとえば、主として汚職の撲滅のための異なるモデルの存在についての理論的な基礎調査の知見を得ることが問題となり、あるいは、そこからそれぞれの効果について、獲得された知見を立法的な帰結に結びつけることができる。そのために用いられる手法には目的設定ごとにバリエーションが存在する。

3. 意思疎通を容易にする比較刑法とコンセンサスを促進する比較刑法

先述の目的と手法の相互依存は、カタログの中で形成された比較刑法の手段として特徴を有する。それらは、意思疎通を容易にし、コンセンサスを促進する比較刑法としてまとめられる。この比較刑法の際、たいいてい大きなプロジェクトと広範に及ぶ基礎研究よりも、むしろ、共通の点から離れた個別の立証や、相違について明らかにすることが重要となる。そのような場合に、異なる性質を有する目的に貢献する。

この比較刑法が異なる広さ・深さで行われるとしても、そのことは、この比較刑

法にとって、これが理論的な比較刑法の第1の手段として記述されているように、外国法の一面的な理解や国内法のバックミラーよりも重要である。むしろ、ここでは、相互に影響する構成要素が付け加えられる。すなわち、異なる関係者の間で、各国固有の法的立場から、紛争を解決する合意に至るまでの経過にそって示すのである。

このことは、例えば、外国法と関わる際に、異なる役割と事前理解の明確化を行うというように、人的レベルで助けになる可能性があったり、あるいは、例えば、共通する関心の中核を出発点とするために外見上の埋めがたい溝のある対立について、根底に存在している前提を明らかにするというように、国際的協定に至るための障害を取り除くことに役立つ。

類似の「受容増大的」比較刑法の意味においては、広い基盤の上で、「議論の仲裁」および「調和を図る」役割が与えられる。前者は、全体的な国の原理の調査が国家刑法の直接的な法源として理解することはできないが、その調査に「論証上の正当性」が与えられるというように、超国家的なレベルで行われる。国家を超えて異なる国や地域の刑法が同化し、調和し、あるいは、完全に統一されるような、いまだに類を見ない場合についてのみ、比較法を放棄することができる。

4. 批判的コントロール機能と革新的機能

先述の課題の効果的な実現のためには、理論的比較法で発見された素材の単なる記述に満足するのではなく、これらを評価することも必要である。そのような同様の批判的および革新的機能という意味での比較法は、「法学の批判的手法」と呼ばれ、それに対して単独の地位が認められる。このような取り扱いには、一方で他の法学的手法が考慮に入れられない可能性があるものの、他方で批判的・革新的機能は手法が問題となるだけでなく、評価的・競争的比較刑法の独立した形式として理解され、個別に扱うときの目的設定が問題となる。

5. 実務的比較刑法の下準備

先述の比較刑法の形式の際に明らかであるように、このような比較がすでに純粋な理論的比較を超えて、調査結果が実際の法適用に役立つこと、または、役立つことが最初から意図されていることを示す。このことは「司法的」比較刑法にとっても、「立法的」比較刑法にとっても有効である。2つの領域においては、研究のための下準備と、研究の補助が目的とされる——それについて、すでにラベル(Rabel)により比較法の道具の役割も認められている。

B. 司法的比較刑法

刑法の比較の理論的形態から、実務的形態へと移る際、後者については、この方法によって比較を始めることの是非について議論がある。「立法的」比較法については、歴史的に古いものである。たとえば、プラトンとアリストテレスが理想の国家の状態に関して他の国の法概念からもインスピレーションを得ようとしたことは、これが立法的主題であったことは明らかであろう。同様に、ローマ十二表法の立法者意図も明確である。

もし、それにもかかわらず、立法的比較刑法が除外されるのであれば、それは今日、以前よりもはるかに大きな実務上の意義が認められ、司法的比較法によって、まず一度、直接的な方法で比較刑法の実上の機能方法が示されるからである。意外なことかもしれないが、ここでは、「司法的」比較刑法と呼ばれ、長い間付随的な役割を演じてきたものを、まずは、他の比較法の形式から独自のカテゴリーとして強調する必要がある。たとえ、それがすでにツィテルマンによって、20世紀の初頭に外国法の考慮の特別な手法として指摘され、特別な専門用語で強調することなしに記述されていたとしても、「司法的」比較法としてまとめて呼ぶことは明らかに困難である。ここで問題となっている比較刑法の課題領域自体が、今日では、まだ単に「法適用」と呼ばれており、「判例の補助手段」としての比較法の特徴付けにその核心は近くなる。というのも、外国刑法の司法的考慮に関わる全形式を、国権の三権分立との表示上の類似性だけで、「司法的」比較刑法として統合するには、飛躍があるからである。もっともこれを承認する見解は、増加しているように思われる。

その際、新しい国家間の執行手続の結果として狭義における判決を超えた範囲で「執行的」比較刑法が形成されることを認識することはできない。このような比較法は、「司法的比較法」の事例として理解され、独自の比較法として位置付けられない。

内容に関しては、外国刑法の司法的考慮の際に、仮に流動的な変遷部分があっても、本質的には、3つの異なる位置付けと範囲に区別される。最も広範囲であるのは、外国刑法の直接適用と援用の異なる形式についてであり(II. B. 1.)、ついで、裁判官の法発見と法形成の源泉としての比較刑法の利益に関する間接的な方法(II. B. 2.)、ならびに、手続上の捜査手続および執行手続のある種の特特殊性についてである(II. B. 3.)。

1. 法適用の際の外国法の直接的考慮

このカテゴリーに属するのは、刑法適用の際に、特定の方法で、外国法を受容することを予定している場合である。むしろ受容が規定されている範囲では、後に続くカテゴリー（II. B. 2）に特徴的である外国法の「自由意思」あるいは「任意」の考慮とは異なる「強制的比較刑法」として論じられる。いわば調査なしに外国法が適用されることが強制される場合には、これは単なる刑法の比較を超えているのではないかが問題となるのである。しかし、そのような場合、外国法を受容は、当該法秩序の比較的展望が当該法秩序に先行する。確かに、基本的には全体として緩和されて適用されるが、適用の際には、国内の制裁の構造に当てはめて適用されるからである。この場合には、外国法によって実現された刑罰の適切な受容のためにも、比較法なしに済ませることはできない。

(a) 外国法の輸入

すでに先述したように、自国の刑法秩序へ外国法を持ち込むことは、明らかに、外国法の輸入の内部的な手段を記述している。しかし、それ自体にも、段階的区別が存在する。

➤ 「真正の」——「補充的」外国法の適用

——後の形態におけるように——単に外国法を参照すること、あるいは補充的外国法の適用との関連付けが問題となるだけでなく、国内法の管轄権が海外の法規定を直接的に用いる場合、「真正の」外国法の適用が議論される。それについて、よく引用される伝統的事例は、1937年スイス刑法である。この6条1項2文によれば、スイス人の外国での犯罪について、「行為地の法律が行為者に対して、より軽い刑罰を科する場合、これを適用する」とされる。この明文化された受容義務については、裁判官が緩和された外国法を適用するか、外国法を「参照を指示された国内法」として自国法として適用するか評価が定まっていない。後者の場合には、「補充的」外国法の適用が議論される。

➤ 「制限的な」外国法の適用

さらに、適応化された方法として、改正後の2007年スイス刑法6条2項において見られるような「制限的な」外国法の適用がある。それによれば、代理的な刑法的保護の方法において追求される外国における犯罪の事例について、「裁判所は、全体として行為者に行為地の法律によって科されるよりも重くない制裁を（判決す

る)」とされる。どのようにして外国の法秩序と類似の形式で国家を超えたより軽い刑罰の訴求が認めらるかについて、この規定によれば、——比較法によって軽いものとして算出された——外国法の構成要件でも、その刑法秩序自体の国内への適用というわけでもない。外国法については、刑事訴追の段階で初めて注意が払われる。しかし、適用の際には、単に制限された効果が示されるにすぎない。確かに、少なからず、この規定によって国内の刑事裁判権が外国の基準に従うということを意味するが、その際には刑の軽重の比較も、決定の権限も国内の裁判所の権限として残っているのである。

➤「白紙委任的な」外国法の適用

外国法の輸入のための大きな関門は、「白紙委任的な」外国法の適用である。それは特にヨーロッパで観察される。どうやって白紙委任の刑法について特徴付けるかについては、国内の刑罰規範によって、単に法定刑を持ち出し、外国の——たいていは「充足された規範」と呼ばれる——法律文書を通じて、より詳しく記述された構成要件と結びつける。これらが特定の国の、あるいは超国家的機関から援用された場合、国内の刑罰権を行使するために外国法を用いる、——超国家的な充足された規範を国内に輸入された法として理解する——ということを結果として生じる。この場合には、禁止構成要件の源泉は非国内的法であり、まずは輸入された外国法なのである。

➤「構成要件補充的な」外国法の適用

明確に示された手段と相違する手段によっても、標語的に「構成要件補充的な」あるいは「可罰性を制限する」外国法の適用と呼べる輸入のバリエーションが考えられる。国内におけるように、構成要件の適用可能性——または、考えられる無罪の根拠——は、いわゆる、私法ないしは行政法的性質の「偶然の問題」に左右される。国内の行為の訴追の際には、国内における公的な不法要素（たとえば注意義務・結果回避義務）または、刑法以外の構成要件要素（たとえば、破産犯罪における会計義務）に国内の裁判地または外国の行為地の法によって有罪判決を下すことができるか、どの程度の刑罰となるかという問題が存在する。それに応じて、判断に国の範囲を超えた比較法的視点を必要としており、構成要件が外国法によって補充されている場合にはより一層多くなる。外国の無罪判決の根拠を考慮するか、あるいは、量刑の際に文化的相違を考慮するという事例が重要となる。これは、最近、「文化的弁護（cultural defense）」という標語の下でしばしば議論の対象となる。

➤ 「輸入された国際法上の犯罪」

完全に新しい受容の方法として、外国法の超国家的な刑事裁判権の急な発展のために、「輸入された国際法上の犯罪」の形式で国内法の中に発生したのが見られる。これは、国際法上の犯罪に対する、国による刑事訴追に関するマックスプランク研究所の比較法プロジェクトから明らかにされた。これは2つの方法で行われる。第1は、直接に、しかしながら、——イングランド・ウェールズにおけるように——国の刑罰規範で白紙委任的に国際刑事裁判所のローマ規程の犯罪構成要件が参照され、そのために、これが国内法の中に持ち込まれるということによって、いわば「静的」方法で行われる。第2は、——カナダにおけるように——国の刑罰規範により、その時点で有効な国際（慣習）法に基いて可罰的であるとされるか、あるいは、その時点で有効な国際法に違反するような行為態様が可罰的であることについて説明がなされるというように、むしろ「動的」方法で行われる。それに加えて、それ自体が、多くの国において独立して自国の刑法において形成されるか、あるいは、ドイツにおけるように、自国の「国際刑法典」において、ローマ規程における範例を認めることが公示される。そのために、少なくとも国内の裁判官の解釈に疑いがある際には、比較によって超国家的な根源的構成要件について正しい知見が得られるのである。

➤ 「補充的な」外国法の適用

反対の流れとして、「補充的な」外国法の適用の形式で、国内法に超国家的刑法が入れられる可能性がある。特に、国際的な刑事裁判権は、この手段の補助的援用に頼らざるをえない。その際に、今日まで、国際的な刑事裁判に関するローマ規程は、21条1項の「適用可能な法」の段階分けされた規程によって有効性を維持してきた。同規定によれば、(aによると)第1に、この規程、(bによると)第2に、関連する条約および国際慣習法が適用され、これら2つに当てはまらない場合には、(cによると)「適切な場合には、通常、犯罪についての裁判管轄を有する国の国内法を含む、世界の法体系の中の個々の国の法律から裁判所が引用する一般的な法原則が(適用される)」。たとえ、その際に、国内法が第1の基準を引用していなくとも、より上位の法の通達によって、考慮に値する場合には、特定の(その事例に管轄権を有する)国の刑法は、少なくとも、調査される法原理についての比較法のために効力を有する。確かに、それによつては調査される法原理だけが直接「適用」されるが、ローマ会議で議論されたように、個別の国の規範が法源としての役割を果たすのである。それにもかかわらず、当該の国の刑法秩序に受け入れの可能

性が開かれ、裁判官の自由な判断に依拠するだけではなく、少なくとも、応急的に考慮される基準でもある。同様のことは、量刑に関する旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所の規程24条1項2文において、審理を行う裁判部が「拘禁の期間を決定するにあたり、旧ユーゴスラヴィア裁判所における拘禁刑に関する一般慣行に依拠する」ことが規定されている。確かに、それによって国内の条文が直接的に適用可能であるとは説明されていない。しかし、少なくとも、裁判所が法的慣行を参照することによって、内在的に国内法に受容することを要求している。

(b) 他国の法に依存的な刑罰権

これらの事例群について特徴的なのは、他国の法はそれ自身としては国内に適用されないが、内国刑罰権の行使が、他国の法に依存しうるものであり、それゆえ、他国の法が考慮される必要があるということである。

➤後者は、以下のようなごく稀な場合において必要となる。有責性の要求・刑罰要求にとって、たとえば、継子との性交の近親相姦としての国内における可罰性が被告人に認識されているか、どの程度認識されているか、あるいは、彼の故国においては可罰性がないので不法の意識を欠いており、そのため、責任が阻却されるか、少なくとも刑の減軽される禁止の錯誤が認められるかどうか、どの範囲で認められるか問題であるような場合である。

➤それに対して、外国法の依存関係についての伝統的な主領域は、行為地に関する「二重の可罰性 (doppelte Strafbarkeit)」と呼ばれる可罰性要件である。これは、「国際刑法」と呼ばれる適用法において重要となる。それによれば、外国の犯罪に対する国内刑法の適用のためには「同一の行為地規範」が要件とされる。つまり、自国の刑法が無条件に国の領域外の犯罪行為にも広げられるということは、越境的なオーバーラップと、国際法的介入による摩擦の危険を伴うために、代わりに、外国法に基づいて行為が刑罰で威嚇されることで国外の行為地である国の主権に配慮される。たとえば、外国での犯罪に対するドイツ刑法の適用のためには、積極的および消極的属人主義並びに代理処罰の事例に関する刑法7条に基づいて、行為地での可罰性が要件とされる。さらに、その際には、外国行為地の規範の間接的「適用」に関しては、代理処罰の場合、ドイツ刑法の適用可能性についての設権的作用 (konstitutive Wirkung) が認められる一方で、積極的および消極的属人主義の際には、単に制限的な機能が与えられるにすぎないというように論じられてい

る。しかし、この場合には、それ自体、外国の行為地の法が可罰性の基礎として考慮され、それについて、比較法的調査がなされる。

➤行為地と裁判地の実体法的な「二重の可罰性」の実体法的要件と対をなしているのは、国際法上の法的共助の段階における、「双罰性 (beiderseitige Strafbarkeit)」の原理である。犯人の引き渡しのために重要となるこの原理によれば、当該行為者の行為が要求する国の法によっても、要求される国の法によっても可罰的でなければならない。これが個別の事例において該当するかどうかは、裁判上許された手続と、執行上認められた手続の2つの層に区分された法的共助の手続の経過の中で、通例は最初に検討されなければならない。それに加えて、これには比較法が必要となるが、見解を一致させることは、先述の「二重の可罰性」の際に試みられるように容易ではない。つまり、要求する国も要求される国も、行為地でも裁判地でもない範囲では、場所と一致した刑罰規範とは無関係に、要求される国には、その法に基いて問題のある行為が可罰的とされる場合にのみ、法的共助が期待され、逆に、要求する国に根拠がない、つまり、同様に予定されている可罰性のある場合についてのみ期待できる。「双罰性」のために試みられる規範の比較は、「二重の可罰性」のために必要とされるのと完全に同じである必要はない。というのも、後者の場合には、行為地の規範とできる限り「同一性」を有しているかに依存する一方で、例えば、ドイツからの引き渡しのためには、通常は刑事事件司法共助法3条1項において、ドイツ法に基いた構成要件該当性が必要とされるが、その判断には、必要であれば「事実の意味に即した置き換え」で足りる。むしろ、ここでは「機能的」比較手段のための法的証拠資料を見つけようとする場合、その執行のために司法的比較刑法が前提とする外国法に依存した刑罰権が問題となる。

➤一事不再理の原理からも、国家間の複数回の刑事訴追の禁止を拡張するのであれば、内国刑罰権の外国法への依存が生じる。しかしながら、国の刑罰権が「二重の可罰性」または「双罰性」を必要としたように、国の刑罰権の行使のための条件としてほとんど述べられておらず、むしろ、内国刑罰権の遮断には至らない場合であっても、ここでは国外法が制限の役割を果たす。現在のところ、それが慣例である。というのも、国内で判決の下された事例に対するさらなる刑事訴追の禁止は、一般的に法治国家的な標準であると認められる一方で、今日まで、国際的には大部分では、「算入主義」が採用されている。それによれば、ドイツ刑法51条3項によって外国における犯罪は、国内の新たな刑事訴追と処罰を完全には遮断しない

が、外国において科せられた刑罰は、新たな国内の刑罰に算入される。なぜなら、国内刑罰権が外国の刑罰権によって制約されるものの、完全に排除されるわけではないために、国内のさらなる捜査と審理のコストを節約し、すでに下された判決に対する再度の手続を放棄するにすぎない。このような不利益を「不再理主義」によって、国外の判決が初めからそれ以上の国内の刑事訴追を排除するという方法で対応することが試みられる。この原理によって、期待された2国間の外国刑事司法の法治国家性の信頼が将来増加することが見込まれるとしても、超国家的な一事不再理については、政治的に同じ波長を有している（つまりはEU内の）地域においてのみ徹底することが可能である。しかし、司法的比較刑法なしでは済まされない場合には、そのような原理および手続に賛成できる。つまり、国外において判決を下された行為が国内において嫌疑が向けられる行為と一致するかとどの程度一致するかを発見するという目的である場合、あるいは、その事件について、単に外国における刑の言い渡しの種類と程度の評価が国内法と一致している場合である。

➤また別の事例として、超国家的なレベルでも、刑事裁判権は外国法に依存する。特に、補充原理に基づく場合である。国内および超国家的な刑事裁判権に関するローマ規程17条1項aおよびbによって受容される原則によると、国際刑事裁判所は、——数ある中でも——第一次的に管轄を有する国内の刑事司法機関が、刑事訴追を真面目に行う意思がない、あるいはその能力がない場合に、初めて刑事訴追の権利を与えられる。このことは比較刑法的には2つの観点で重要である。1つ目は、一次的な管轄を有する国の司法機関に、国内における犯罪構成要件の欠如のために刑事訴追を禁じるのに対して、国際刑事裁判所は、推定される国際法上の犯罪を自身で非難することができる点である。この規程は、第一次的に管轄権を有する国の刑事裁判権の調査と、当該の犯罪構成要件の証明の両方を要件とする。2つ目は、それに該当する国が政治的に気まずい（peinlichen）自国の無能力の確認に関わろうとしている場合には、すでに「外国法を受容」で述べられた手段によって、国際法上の犯罪をその国の刑法に受容させることに、正しい知見を与えることができる点である。

2. 比較刑法による裁判官の法発見と法形成

外国刑法自体を輸入し、刑罰権の行為地が外国刑法に依拠するということがなくとも、これらが比較法の媒体として国内の刑法に影響を及ぼすことも、逆に外国刑法に影響を与えることもありうる。それは、水平的方向、上から下への垂直的方

向、下から上への垂直的方向という3つの方向で生じる。スポーツ用語でいえば、「自由演技」から、さらに、「規定演技」へと発展するのである。

(a) 水平的——国家間的視点の拡張

比較法的視点が国境を超えて、広い範囲に及ぶのが異常なことではない民事司法とは違って、刑事司法においては、今日のところ、いまだに多くの不可侵的なものが存在する。これは純実務的理由によるものである。なぜなら、民事裁判官は、かなり以前から外国法を適用しているから、あるいは、いまだにイデオロギー上、刑事裁判官が自国の刑罰権についてより強く国家の影響を受け、自国の主権の擁護へと舵取りを行ってきたように思われるからである。しかし、そのような内向的な視野への限定では緊密な網目状に結ばれた法的世界の課題をわずかしか認識し、確認することができない。理解を発展させるほど、他の刑事裁判管轄の不適切な経験からも学ぶことができる。その経験を引き継いで判決することも、意図的に異なる判決をすることにもつながる。なぜなら、外国刑法の長所および短所と、その法律学を体験し、自己批判的に考察することは、外国刑法に常に従うことを意味しないためである。

➤また、完全に「自由意思の自由演技」の形式においては、解釈の補助としての比較刑法によって外国の法観念が、国内法に対する影響力を有する。たとえ、特別な際立った国の性格のために、刑法の範囲を超過する場合でも、比較刑法が常に「解釈機能」を剥奪されるわけではない。裁判官が——特に、その語圏・法族の中で——外国法の判例・学説を参照し、考慮する場合に、どのくらいの数の裁判官が国内法の理解について知ることができるのかは、スイスの刑事裁判官の例が参考となる。外国の刑法秩序の経験または対案となる考え方をを用いることは、重窃盗罪の誤った「基準」や、故買人の「売却」といった例のように、その言葉の解釈が重要であるということ容易に想起する。しかし、故意と過失または共犯のように、同じ方法による概念または要素の際にも、裁判官がその理解から同系統の外国法における理解から、国内法の解釈についての洞察することが期待される。

➤国内法の解釈のために外国の母法における根源を引用できる場合には、水平的拡大は当然のことである。トルコ法の手続がドイツの刑事訴訟法から継受されているように、外国法秩序から継受された刑事手続における禁止または被疑者の権利が問題となる場合、問題となっている事例において、任命された職業裁判官が継受され

た法の適用を行うために、不明確な規定の由来した国の判決から解釈するための示唆を得ることができる。19世紀にイギリス法およびフランス法から口頭主義と直接主義がドイツ法に受容されたように、外国の刑事手続から定められた手続原則が受容が行われた部分で現在の条件下でまだ重要でありうるか、どの程度重要となりうるかを解明する際、「母法」におけるこれらの原理を引用することは有益である。

➤比較刑法が欠陥を埋め、法形成を行うために奉仕するべきであるとすれば、すでに単なる解釈以上のことが求められる。その際に、比較法が裁判官の「解釈の道具」として役に立つ限りで、外国法の考慮から、単なる特権的な解釈を超えた国内における新しい解釈を生み出すのである。連邦最高裁が外国の法展開を、男性同性愛の「わいせつ行為」(旧175条)の制限的理解にあたって、援用したのは、完全にこのような場合というわけではない。外国刑法の視点が根本において、兄弟間の近親相姦の事例におけるように、憲法上の異議に反した伝統的な禁止を擁護するためだけに役に立つという点でも、単に法の維持が問題となるに過ぎない。それに対して、被疑者が何もしないことを指示されている事例について、スイス法を超えて国外法の発展を援用した警察の指示義務が展開される場合は、確かに、法形成による欠陥の充足への歩みよりがある。アメリカ連邦最高裁の対立のあった多数決から想起されるように、少年刑法の死刑の回避の排斥についても、国内の時代遅れの法が国外法秩序における人道的展開に近づけられ、それによって法が形成される。今日まで、そのような比較法が推奨され、指示されてきた適応化の手続は、大部分で裁判官の裁量に任されてきた。そのために「任意の」比較法を分類するならば、それは「自由意思」となる。しかし、これは、法の欠陥する事例において——特に、スイス民法典1条、2条に規定されているように——裁判官が立法者の立場に置かれるというルールに基づく「強制的」比較法でもありえ、その場合、裁判官は比較法の知見を援用することを推奨されるべきである。このことは、以下で考察される垂直的参照方法では一層重要となる。

(b) 国家の刑法に対する超国家的な影響

上から下への垂直的影響は、「比較法が解釈のために有益な助言を数多く与え、国を超えた法的基盤の上で問題を解決するのに役立つ、個別の法秩序のドグマ構造を超越した法(を提供する)」ことから生じる。この方法または別の方法により超国家的な模範と影響が明らかにされることで、裁判官にとっては、一層強制的に具体的で拘束力のある超国家的基準となる。このことは、特に、ヨーロッパでは、重

大な意味がある。

➤ 国家の刑法が第一次的および第二次的連合法によってもっとも強い影響を受けている場合、第一次的連合法は、国内法に構成要件の上限または下限を定めることができるか、連合法に違反する法律効果が禁止されることによって、あるいは、第二次的連合法は、EUの作業方法に関する条約(AEUV) 83条に基づく要綱によって、国家刑法に基準を与えることで影響を与える。それによって、連合法が国内法の中に融合統一される限りで、先述した意味における、「外国法の受容」が議論される。同様に、刑法・刑事訴訟法のヨーロッパ人権条約(EMRK)の基準、EU憲章ならびにヨーロッパ人権裁判所(EGMR)と欧州裁判所(EuGH)の判例が重要となる。その際には、EMRKとEGMRの影響は、二重の意味を有する。つまり、ヨーロッパの加盟国の裁判管轄について直接的な拘束力、ならびに、EU条約(EUV) 6条2項に基付くEMRKの大憲章とEUの結びつきを通じた間接的な拘束力を有するのである。

➤ 先述の方法の拘束力を有しない基準についても、連合法に適合する解釈の要求に基付いて、国家刑法への超国家的な影響を排除できない。それによれば、裁判官は——国内的な「合憲的解釈」の場合と同じように——複数の国内の見解から、連合法に最も適合するか、あるいは少なくとも矛盾することのない正当化可能な刑法規範の解釈を引用する。その際には、要綱だけではなく、欧州機関のヨーロッパ指令と大綱決定も考慮される。

➤ それ以上に、一般的な合致は、国際法に好意的な解釈の要求にとっても有効である。そのため、国際刑法は、外国法輸入的な禁止構成要件の輸入によって、国内法に導入されるだけでなく、旧刑法220a条の文言の限度で「国際的(規範指示)の中で決定」されることによって導入される。そのような国際法に合致した解釈の意味においては、純粋な国内の構成要件が、民族的刑法および超国家的裁判所の司法と調和して解釈され、適用される。

(c) 超国家的な刑法に対する国内法的な影響

上から下へ影響が及ぶ際には、国内法の裁判官からではなく、超国家的な刑事司法機関から、比較法を行うことが要求される。それは、2つの観点で要求される。1つ目は、国内の刑法から外国の国際法の規範に援用することによってであり、2

つ目は、一般的な法原則へと立ち戻ることによってである。

➤国際慣習とそのほかの国際法上重要な規範の用語および概念の解釈の際には、比較可能な法形象の展開と理解から、国内刑法秩序において、可能かつ一般に用いられる意義に関する知識を獲得し、解釈に持ち込むことが重要となる。EMRGによって、国内法を参照しながら解釈されるように、「刑事告発」あるいは「冷酷または品位を欠いた刑罰および処遇」のような概念の他に、国を超えた「二重の刑事訴追の禁止」のために、「自身の行為」と「確定力のある（以前の）有罪判決」という重要な概念が、部分的に互いにかけ離れている異なった国の法秩序を分析するという機会を、EuGH に対して与えている。

➤一般法原理への立ち戻りによっても、国内法から超国家的な法に影響を及ぼしうる。特に、ローマ規程21条1項cに基いて国内法の条文によって導かれる法原理からの演繹の際、あるいは、ICTY 規程24条1項2文に基づく国内の量刑実務へ立ち戻るように、すでに単なる「外国法の適用」とはみなされない場合には、国内法は、超国家的な刑法の発展および形成のための解釈の補助として少なからず貢献する。「基本的自由に対する強い確信」に基づく国家の連帯に関して、EMRK の構成要素として位置付けているように思われる EGMR の妥当する範囲については、それに加えて、特に自由刑の際の年齢制限と子供の刑法的答責性についての最少年齢に関する EGMR の判例が参照される。EMRK の基本権も、基本権について判断した欧州連合基本権憲章52条3項により参照される6条3項に関する EGMR の判決も、EU 法における一般的な原則として取り入れられることによって、国内の法観念が間接的な方法で、EU 法の発展に相互に影響している。このことは当然に、超国家的な刑事裁判管轄の裁判官が新たな分野における法発見の際に、一方で、先入観に捉われた自身の国由来の法観念に固執しているわけでも、他方で、文字通り尊大にも全ての国の法に精通しているということを問題にするわけでもなく、この比較法的に開かれた、よりよい解決が模索されることを予定しているにすぎない。このような方法で、国際刑事裁判所は、完全に、「異なる文化間の刑法の議論についての実験室」としての性質を有する。

➤この点で超国家的な刑法解釈学を展開する際には、司法的比較刑法の実際よりも過小に評価した役割にも適用される。結局のところ、たとえば、犯罪成立阻却事由や共犯の形態のような学問的比較刑法に専念する場合であっても、判決の比較法的

理由付け・裏付けによって、理論的な刑事司法のために重大な基礎が提供される。どの程度まで、それについて、前述の比較法的法発見および法形成の手段のために「評価的比較法」を必要とするかは、後の章において扱われる。

3. 執行的比較刑法 (Exekutorische Strafrechtsvergleichung)

たとえこのような比較刑法の方法が、すでにはじめに説明したように、単なる司法的比較刑法の下位事例であると理解され、これが独立の地位を有さないとしても、それは「執行的」比較刑法として特に論じるに値する。

まず、クリストフ・ブルヒャルト (Christoph Burchard) によって強調されたように、その名称の特殊性は、その適用範囲が司法的判決手続においてはほとんど存在せず、EU 的な手段によって調和を図り、時として、EU 構成国の中央集権的な協力が、特に、越境的な犯罪の際に展開されるように、法の執行の過程において存在しているところにある。そのために、相互に「法執行の刑事手続の比較」についても議論される。そこでより詳細に扱われる「欧州証拠規則に関する大綱決定」に従った「欧州捜査規則」の他に、各構成国におけるヨーロッパ社会の財政的利益の保護のためにとりうる措置についても評価に入れることができる。手続的には、その際、特に、ある国か、あるいは他の国の当該裁判権における証拠の越境的な調査と活用、およびそれに対する差し押さえが問題となる。そのために必要な捜査と他の国の法秩序の評価は、目的のために3つの機能を有しうる。第1は、他の国の刑事手続規定の妥当性と、その際の構成国の証拠法の機能の等価性についてのコントロール機能、第2は、当該の国民に対する保護機能、第3は、ヨーロッパの調和・収束のための措置のための主導的な機能である。

執行の刑事手続の比較のさらなる特殊性は、その際——「国内法の検討」に目的を置いた司法的比較刑法と異なって——「真に外国法の法的評価」を意図しているというところに存在する点で、段階的な意味が与えられることである。一方で執行的な捜査手続、承認手続、法執行手続の際に、警察と行政機関の他に、裁判機関も、「外国法の遵守と評価」に含まれるだけでなく、他方で、司法的比較刑法のそれ以外の形式も、大部分が「国内法の検討」で十分ではなく、——たとえば、「二重の可罰性」あるいは「双罰性」の事例おけるように——外国法の調査・解釈に従事することが必要となる。しかし、少なくとも、執行的比較刑法は、当該法執行の関係国の法文化比較にとって大きな役割が与えられるという点では、——これが段階的なものに過ぎないとしても——特別な意味を有する。

(吉川友規)